

RAZONES POR LAS QUE EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY GENERAL DE PESCA Y ACUICULTURA (BOLETÍN 8091-21) NO REQUIERE CONSULTA INDÍGENA

I. Antecedentes relativos a la obligación de consulta

El Convenio 169 de la OIT establece el deber general de consultar cuando los Estados dictan medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. No obstante lo anterior, el Convenio no establece criterios objetivos sobre lo que debe entenderse por “afectación directa”, dejando así, un margen de apreciación a cada país para que, de acuerdo a su propia realidad fáctica y jurídica, dote de contenido a la obligación y establezca las vías más idóneas para satisfacerla.

Sin perjuicio de lo anterior, los organismos internacionales relacionados con la implementación del Convenio y la autoridad jurisdiccional, tanto nacional como internacional, han ido precisando algunos conceptos del Convenio 169, tales como la afectación directa.

En materia legislativa, la consulta —cuando proceda— se realiza a las “ideas matrices de los proyectos y reglamentos originados en el ejecutivo, que afecten directamente a los pueblos indígenas interesados”, lo que está en la línea de lo estipulado en el Informe “Criterios para la realización de Consulta a las Comunidades Indígenas, de acuerdo al Convenio N° 169 de la OIT”¹. Este Informe de la Organización Internacional del Trabajo (administradora del Convenio), señala que la obligación del artículo 6 del Convenio apunta a que, **cuando los gobiernos apliquen las disposiciones del Convenio**, éstos deberán “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas **susceptibles de afectarles directamente**; [...]” [Lo destacado es nuestro].

Es decir, deben concurrir dos condiciones para que sea procedente la consulta:

1. Que, a través de alguna medida legislativa o administrativa, se dé aplicación a alguna de las disposiciones del Convenio; y,
2. Que dicha medida sea susceptible de afectar directamente a uno o más pueblos indígenas.

Si bien es cierto, todas las leyes se aprueban y promulgan justamente para provocar una alteración, modificación o “afectación” de la realidad, es posible establecer que el espíritu y fin del tratado no es que todas las leyes sean consultadas a los pueblos indígenas mediante mecanismos de participación especiales, pues es un hecho que todas las leyes nacionales de aplicación general tienen un grado de afectación sobre los pueblos indígenas pertenecientes a los Estados que las dictan. Sin embargo, el Convenio 169 de la

¹ Consultado en:

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ormes/documents/publication/wcms_116075.pdf

OIT distingue claramente la entidad de la afectación que da nacimiento a la obligación de consulta por parte de los Estados, siendo sólo aquella de carácter directo.

II. Concepto de afectación directa en la experiencia internacional y comparada

En nuestro país, puede encontrarse un estándar para aplicar el concepto de “afectación directa” en el Decreto Supremo 124 de 2009, de Mideplan. En efecto, señala su artículo 7° que se entenderá que hay afectación directa de los pueblos indígenas cuando la medida legislativa o administrativa “diga relación exclusiva con las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena establecidas en la ley N° 19.253, o se refiera a una mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinables.” La interpretación de esta definición no debe –como ha señalado recientemente la Corte Suprema- “prescindir de ciertos estándares de proporcionalidad en el análisis de esta materia”², lo que debe llevar al operador jurídico a darle una interpretación razonable y proporcionada a los fines que se pretende cautelar.

Con todo, es en el derecho comparado y lo resuelto por instancias internacionales el que más luces entrega para ilustrar el contenido de la obligación y concluir si en el presente caso es o no necesaria la consulta establecida en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

a. Tribunal Constitucional de Colombia

El Tribunal Constitucional colombiano, en sus sentencias C-187-11, C-030, C-461, C-750 de 2008 y C-175 de 2009, sostiene que lo que debe consultarse son aquellas medidas susceptibles de **afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se prevean de manera uniforme para la generalidad de la población nacional**. Pues al igual que lo que se viene sosteniendo más arriba, las leyes generales producen una mayor o menor afectación sobre la totalidad de la población, ya sea esta indígena o no indígena.

Se sostiene además que en los asuntos legislativos que no los afecten directamente, las comunidades étnicas gozarán de los mismos espacios de participación de los que disponen la generalidad de los nacionales.

b. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica

En la sentencia N° 2008-2521, de 22 de febrero de 2008, la Corte señaló que la consulta **no es obligatoria cuando la normativa tiene “efectos generales, o sea dirigidos a todas**

² Corte Suprema, 08-06-2012. Considerando noveno.

las personas, independientemente de su condición [...] el supuesto contemplado en el [artículo 6 del] Convenio 169 de la OIT, [es] obligatorio para aquellas disposiciones que sean emitidas hacia el sector indígena particularmente, respecto de las cuales tienen el derecho a opinar previamente a su aprobación”.

En una sentencia posterior, la Corte dio los parámetros en sentido positivo, es decir, cuándo sí resulta obligatoria la consulta. La Sentencia de 9 de septiembre de 2008, Nº 2008-13832, de la misma Sala Constitucional, estableció que “un cambio que **afecta directamente los intereses de los pueblos indígenas, [...]**”, añadiendo más adelante que “Cuando no está claro si hay o no una relación directa del proyecto consultado con los intereses de los pueblos indígenas, entonces puede entrarse a una valoración sobre la procedencia o no de la consulta del Convenio 169, que puede ser luego sometida [...]”.

c. Relator Especial de la ONU

De una forma similar se pronuncia el Relator Especial de la ONU James Anaya en el documento oficial en donde realiza comentarios al proyecto de reglamento de las consultas en Guatemala. Al respecto señala que **no es realista sostener que se deba consultar toda medida legislativa que pueda afectar a los pueblos indígenas**, pues prácticamente toda decisión legislativa o administrativa que el Estado dicte afecta de una u otra manera a los pueblos indígenas. Añade el relator que la decisión de consultar se justifica siempre y cuando sirva para garantizar que los puntos de vista de los pueblos indígenas sean tomados en cuenta siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad.

III. Razones por las que el Proyecto de ley, Boletín 8091, no requiere consulta indígena

El proyecto de ley contenido en el Boletín Nº 8091-21, es una propuesta legislativa de alcance general, que modifica o precisa una serie de aspectos de la ley general de pesca y acuicultura y que no aborda de manera directa, ningún elemento esencial de afectación indígena.

Así, el proyecto en análisis busca, por ejemplo, establecer un proceso de toma de decisiones nuevo dentro de la institucionalidad pesquera; incorporar en la regulación las cuotas individuales transferibles, a través de las licencias transables de pesca; y, otras materias relativas a la pesca artesanal y a la investigación, todo ello, dentro de un marco que garantice el uso sustentable de los recursos pesqueros a nivel nacional y de carácter general.

Como queda de manifiesto, el proyecto de ley que “Modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la ley Nº 18.892 y sus modificaciones”, no es de aquellas medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

Lo anterior, por cuanto el proyecto en cuestión no ha sido concebido en consideración única o con un especial énfasis en los pueblos indígenas. Tampoco es posible sostener que la medida legislativa propuesta le afecte de una manera no percibida por los otros individuos de la sociedad, sino que sólo. Esta afectación es general y, de existir afectación, ésta alcanzaría a los indígenas o no indígenas de una manera similar.

SSV/AVP/ 11.06.2012